

DANO MORAL E MÍDIA

ANOTAÇÕES SOBRE O APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Simone Lahorgue

Diretora Jurídica das Organizações Globo.
Formada na Universidade Federal do Rio
Grande do Sul (UFRGS), especialista em Direito
Comercial pela Fundação Getúlio Vargas (RJ),
Mestre em Direito Econômico e Financeiro pela
Universidade de São Paulo (USP).

A escolha do tema deste artigo deve-se ao fato de ser a questão do dano moral no direito brasileiro ainda controvertida¹, especialmente quando se trata da indenização por danos morais em função de atos praticados no exercício da atividade jornalística, matéria essa freqüentemente objeto de querelas nos tribunais, mas ainda sem contornos bem definidos.

Hoje em dia, deixados no passado os aterrorizantes momentos da história

¹ O tema vem sendo objeto de debate em diversos seminários como o ocorrido em outubro p.p. – “Liberdade de Imprensa e Direito à Privacidade”, organizado pela Academia Paulista de Magistrados e a “Rede Record de Televisão”, com a presença de ministros do STJ e desembargadores do TJ-SP. *“O tema, controverso e polêmico, não consegue agradar a gregos e troianos. Prevalece a vontade de escancarar, denunciar, de um lado, e impor limites para evitar comportamentos abusivos que invadam privacidade e gerem danos, de outro. No artigo Justiça midiática, o desembargador José Renato Nalini, do TJ-SP, pondera que a mídia “oferece a ilusão da democracia direta”, mas “a instantaneidade da informação midiática aprofunda o fosso entre o tempo da sociedade e o tempo da Justiça”. Para ele, mesmo com eventuais exageros a mídia é necessária: “Sem ela, quantos desmandos não restariam ignorados pela eternidade?”* Percival de Souza. *Tribuna do Direito*, ed. novembro de 2005.

Igualmente, em seminário realizado em novembro p.p., em comemoração ao aniversário de 180 anos do Diário de Pernambuco, foram discutidos temas como a necessidade de mudança na atual Lei de Imprensa, a credibilidade dos meios de comunicação, o direito de defesa e danos morais, tendo o ministro Edson Vidigal citado a experiência da legislação de outros países como subsídio para tal discussão em matéria publicada no site www.stj.gov.br/webstj/noticias/detalhes_noticias.asp?seq_noticia=15663

de restrição das liberdades individuais, ninguém ousaria discutir a importância e a necessidade de uma imprensa livre para a construção e permanência do Estado democrático de direito², motivo pelo qual tal princípio ganhou sede no novo texto constitucional brasileiro de 1988. Por outro lado, como em todo exercício profissional, no exercício da atividade jornalística, imprecisões, erros e até mesmo abusos são cometidos pelos agentes deste importante papel para a sociedade, o que pode ocasionar uma afronta a garantias individuais igualmente previstas no texto constitucional: eis aí a intrincada questão que desafia não só os operadores do direito, como os intérpretes autênticos³ da lei.

Com intuito introdutório, faremos referência às espécies de dano que reclamam reparação no ordenamento jurídico brasileiro, que são o dano patrimonial e o dano moral. A noção do primeiro data de mais tempo e, portanto, é mais conhecida; já a de dano moral (ou extrapatrimonial, como querem alguns autores) é mais recente⁴.

² “Existe um paradoxo na história da comunicação. Há dois séculos, reforçada pela revolução das técnicas, ela é o símbolo da abertura contra todos os fechamentos – inicialmente contra a censura, depois contra os regimes autoritários, depois contra as ditaduras. Se bem que a idéia de técnica de comunicação fosse, desde o início, identificada com o fato de afastar para mais longe as fronteiras de todos os tipos. Essa abertura parece triunfar hoje com a internacionalização da economia, a aproximação dos continentes, a revolução dos transportes, a constituição de uma economia mundial da informação e os fluxos transfronteiras de dados, e, em termos mais gerais, com o desenvolvimento das indústrias culturais. Nessa ampliação, o papel das técnicas de comunicação foi essencial, as capacidades físicas substituíram as aspirações à abertura e forneceram-lhe mesmo uma garantia de legitimidade. E, hoje em dia, no momento em que triunfa a abertura, percebemos a importância do quadro nacional que acreditávamos ultrapassado. A palavra “nacionalismo” não tem mais o mesmo sentido que tinha no passado. Ele é uma reação a um crescente movimento de internacionalização, que faz o cidadão perder toda referência. A pleora de informações vem do mundo inteiro, quase simultaneamente, colocando hoje um problema básico: o cidadão não tem mais o meio de integrá-las, supondo que ele esteja mesmo interessado por tudo o que se passa em toda parte. De qualquer forma, existe uma desproporção entre o que ele pode saber e o que ele pode fazer. Se queremos evitar um fenómeno evidente de esquizofrenia dos cidadãos ocidentais inundados de informações e não dispondo, na esmagadora maioria deles, de meios de ação, é preciso preservar um quadro limite de interpretação, senão o risco de rejeição total torna-se real. É preciso ter a coragem de dizer que a televisão, e, em termos mais gerais, as técnicas de comunicação, não questionam o quadro nacional, mas, ao contrário, o tornam mais útil!” Dominique Wolton, *Elogio do Grande Público – Uma Teoria Crítica da Televisão*, p. 139-140

³ [...] “Mas autêntica, isto é, criadora de Direito, é a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando crie Direito apenas para um caso concreto [...] Da interpretação através de um órgão aplicador do Direito distingue-se toda e qualquer outra interpretação pelo facto de não ser autêntica, isto é, pelo facto de não criar Direito.” Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito*, p. 471.

⁴ “Os intérpretes do Código de Napoleão tinham admitido a possibilidade de indenização do dano moral. Nos séculos XVII e XIX, especialmente por influência da filosofia da ilustração, não se permitiu em muitos países a reparação deste tipo de dano, pois se pensava que a solução dada pelo Direito Penal a estas hipóteses era suficiente. Em certas regiões da Europa, onde o Código de Napoleão foi recebido havia, por vezes, uma resistência à reparação do prejuízo moral; não se tratava somente da dificuldade em estimá-lo, mas também de uma repugnância em admitir que o pagamento de uma soma pudesse desfazer o prejuízo causado à honra de um indivíduo.” Clovis V. do Couto e Silva, *O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado*, RT-667, maio de 1991.

Eduardo Zannoni⁵ oferece uma boa definição de dano moral afirmando existirem *“danos cujo conteúdo não é dinheiro, nem uma coisa comercialmente redutível a dinheiro, senão a dor, o espanto, a emoção, a afronta, a aflição física ou moral e, em geral, uma sensação dolorosa experimentada pelas pessoas atribuindo à palavra dor seu mais extenso significado. Estamos no umbral do dano moral que, apesar de ser traduzido em ressarcimento pecuniário, não afeta valores econômicos”*.

Como é sabido, o dano moral recebeu tratamento na Constituição brasileira de 1988:

“Art. 5º,

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

É certo que com o novo texto constitucional, que pôs fim à discussão sobre a possibilidade de indenização do dano puramente moral, o número de ações solicitando reparação cresceu demasiadamente, fazendo com que os tribunais tivessem que decidir muitas vezes sobre situações que nem de longe ensejariam reparação⁶.

Tendo em vista que no âmbito do direito civil a reparação do dano representa a proteção especial contra as violações que atingem os direitos da personalidade, a matéria, que já estava em sede constitucional, recebeu tratamento especial também no novo Código Civil, dentro do capítulo intitulado “Dos Direitos da Personalidade”, nos artigos a seguir transcritos:

“Art. 12 - Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

⁵ *El Daño en la Responsabilidad Civil*, p. 22. Apud Antonio Jeová Santos, *Dano Moral Indenizável*, p. 18.

⁶ “Nota-se nos pretórios uma avalanche de demandas que pugnam pela indenização de dano moral, sem que exista aquele substrato necessário para ensejar o ressarcimento. Está-se vivendo uma experiência em que todo e qualquer abespinhamento dá ensejo a pedidos de indenização. Não é assim, porém. Conquanto existam pessoas cuja suscetibilidade aflore na epiderme, não se pode considerar que qualquer mal-estar seja apto para afetar o âmago, causando dor espiritual. Quando alguém diz ter sofrido prejuízo espiritual, mas este é consequência de uma sensibilidade exagerada ou de uma suscetibilidade extrema, não existe reparação. Para que exista dano moral, é necessário que a ofensa tenha alguma grandeza e esteja revestida de certa importância e gravidade.” Antonio Jeová dos Santos, ob. cit., p. 34-35.

[...]

Art. 20 - Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.”

Desnecessário aqui mencionarmos a indispensável conformação dos dispositivos do novo Código Civil aos preceitos constitucionais antes transcritos.

É também no Código Civil que encontramos disposições gerais sobre a obrigação de indenizar; é o artigo 927 que hoje agasalha o princípio da responsabilidade civil⁷:

“Art. 927 - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

O ato ilícito a que se refere o artigo acima transcrito e disposto no artigo 186 do mesmo diploma enseja reparação do dano que causou, pelo regime da responsabilidade subjetiva, sendo requisitos necessários para que haja o dever de indenizar: (i) o ato; (ii) o dano; (iii) o nexo de causalidade entre o ato e dano e (iv) o dolo ou a culpa do agente causador do dano.

Já na lei de imprensa – Lei 5.250 de 9/02/67 – encontramos o delineamento da responsabilidade civil no exercício da atividade jornalística:

“Art. 49 – Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar:

I – os danos morais⁸ e materiais, nos casos previstos no artigo 16, n^{os} II e IV, no

⁷“Em nossa ordem jurídica, no plano geral, o Código Civil já continha os pilares de sustentação da reparabilidade do dano moral. Clóvis Beviláqua apontava para a norma do artigo 76, entendendo outros eminentes civilistas, entretanto, que o fundamento mais consistente se encontrava mesmo no artigo 159.” Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite, *Dano Moral no Direito Brasileiro*.

⁸ “A nova legislação de imprensa portanto, inovou, e bem, colocando o ilícito moral ao lado do ilícito civil, para efeito de reparação do dano.” Darcy Arruda Miranda. *Comentários à Lei de Imprensa*, p. 718

artigo 18 e de calúnia, difamação ou injúria;

II – os danos materiais, nos demais casos.

§ 1º - Nos casos de calúnia e difamação, a prova da verdade, desde que admissível na forma dos arts. 20 e 21, excepcionada no prazo da contestação, excluirá a responsabilidade civil, salvo se o fato imputado, embora verdadeiro, diz respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão de interesse público.”

[...]

“Art. 53 – No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I – a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II – a intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III – a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na Lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.”

Elemento indiscutível e necessário para a ocorrência do dano moral indenizável é a certeza da ocorrência do dano; a lesão tem que ser real, em contraposição àquela eventual ou hipotética. A subsistência do dano é igualmente elemento importante para a determinação do potencial de pagamento de indenização do mesmo; se a lesão desapareceu, seja pela própria conduta reparadora do agente, seja pelas circunstâncias externas, não mais subsiste o dever de indenizar.

Em meticoloso estudo sobre o dano moral, Antônio Jeová dos Santos, explica que “*não existirá dano que não chegue a afetar o patrimônio econômico ou moral de alguém, pois o dano é pressuposto da obrigação de indenizar. Onde não houver dano, não haverá a correspondente responsabilidade jurídica. Embora nem todo dano cause prejuízo na órbita patrimonial, o ressarcimento ocorre em pecúnia.*”⁹

Como já visto, o ato ilícito decorre da violação de um dever de conduta; o modo como se posiciona o autor do delito é que irá determinar se a hipótese é de culpa ou dolo.

⁹ Antonio Jeová dos Santos, ob. cit., p. 18.

Segundo enfatiza Enéas Costa Garcia, a culpa é caracterizada pela violação de um dever, sendo que no caso do jornalista sua culpa decorre da violação de um dever profissional e o erro de conduta decorre da inobservância das regras que são exigíveis no exercício desta atividade profissional. Continua o autor explicando que *“os elementos objetivos que circundam a conduta do agente devem ser apreciados e sopesados na aferição da culpa. Hipoteticamente sempre é possível dizer que alguma cautela poderia ser empregada para evitar o dano. Não basta esta análise retrospectiva. É preciso determinar se, no momento do ato, as condições objetivas exigiam e permitiam a adoção da diligência que foi omitida. Somente nesta hipótese há culpa [...] De outro lado, não se deveria reconhecer culpa na conduta do jornalista, que publicou determinada matéria sem realizar uma específica diligência, se na aferição da culpa ficar estabelecido que mesmo um jornalista de prudência normal não poderia deixar de fazer a publicação, em consideração das circunstâncias de tempo, sob pena de perder a oportunidade de noticiar o fato.”*¹⁰.

É, entretanto, no mesmo artigo 5º do texto constitucional, sede escolhida para agasalhar o direito à indenização por dano moral, que se encontra o direito à liberdade de imprensa. Tais direitos encontram-se elencados no capítulo intitulado “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”.

“Art. 5º

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.” [...]

Estamos aqui a falar da liberdade de expressão e do direito - dever¹¹ à informação e à história, ou seja, do interesse público na revelação dos fatos.

Sérgio Cavalieri Filho enfatiza os dois componentes da liberdade de informação jornalística, que são o direito de livre pesquisa e divulgação e o direito da coletividade de receber notícias que correspondam a uma realidade

¹⁰ *Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação*, p. 262.

¹¹ “*Olvidar não se pode, porém, que o meio de comunicação não tem apenas o direito de informar. Tem, também, a obrigação de informar ao público os acontecimentos*”. [grifo nosso] *Apelação* nº 080-108.4/3, TJSP, voto nº 11.490 – Desembargador Relator: Marcio Marcondes Machado, 1999.

fática¹², esclarecendo que os órgãos de comunicação não estão obrigados a apurar, em todos os casos, a veracidade dos fatos antes de torná-los públicos. *“Se tal lhes fosse exigido, afirma o ilustre autor, a coletividade ficaria privada do direito à informação, que deve ser contemporânea às ocorrências, sob pena de tornar-se caduca e desatualizada, perdendo a sua finalidade.”*¹³

Celso de Mello, em brilhante voto, adverte que a liberdade de imprensa, enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, engloba (i) o direito de informar; (ii) o direito de buscar a informação; (iii) o direito de opinar e (iv) o direito de criticar, afirmando que *“a crítica jornalística, quando inspirada pelo interesse público, não importando a acrimônia e a contundência da opinião manifestada, ainda mais quando dirigida a figuras públicas, com alto grau de responsabilidade na condução dos negócios de Estado, não traduz nem se reduz, em sua expressão concreta, à dimensão de abuso da liberdade de imprensa, não se revelando suscetível, por isso mesmo, em situações de caráter ordinário, à possibilidade de sofrer qualquer repressão estatal ou de se expor a qualquer reação hostil do ordenamento positivo”*[...] ¹⁴.

Adicionalmente, para que possamos abordar o tema objeto desse breve estudo, necessário é que se considere também outro dispositivo constitucional, que traz em seu bojo o alicerce da atividade jornalística : a prestação de informação sem sujeição à censura, expressa no artigo 220.

“Art. 220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

¹² “Talvez os acontecimentos sejam fundamentais para aqueles que os vivem, mas não necessariamente para os espectadores a milhares de quilômetros. E se o são, cabe então aos jornalistas fazer o papel de intermediários, de filtros, sem o qual a informação não é senão uma onda ininteligível de som e fúria na sala de jantar dos cidadãos. É como se o progresso técnico desculpasse o jornalista por suas funções essenciais: a seleção da informação, sua construção, sua interpretação. Ao contrário, ele o reforça. O discurso demagógico que consiste em dizer que, graças às técnicas de comunicação, não haverá mais intermediário entre os acontecimentos e os cidadãos, constitui, na verdade, uma incitação à superação profissional do papel do jornalista. Quanto mais informação existe, mais o papel do jornalista, sem dúvida, arbitrário, consiste em organizar e não em se “esquivar”, deixando esse trabalho para ser feito pelo destinatário final, o espectador.” Dominique Wolton, ob. cit., p. 145.

¹³ Programa de Responsabilidade Civil, p. 123.

¹⁴ Petição Inicial nº 3486, STF, Decisão Monocrática, j. 22/08/05. Relator: Min. Celso de Mello.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”

Como referido anteriormente, já eram freqüentes e, após a Constituição de 1988, cresceram em número as ações de indenização contra empresas de mídia - escrita e falada, no exercício da atividade de jornalismo¹⁵, decorrentes de matérias onde há a informação de notícias denominadas ofensivas, causadoras de injúria ou difamação, ameaçadoras, portanto, dos direitos da personalidade.

As ações são propostas pelos ofendidos contra os veículos de comunicação social baseadas nos princípios constitucionais antes referidos (artigo 5º, incisos V e X) sendo que, em defesa, tais empresas utilizam-se igualmente de princípios constitucionais (desta vez, artigo 5º, incisos IV, IX e XIV e artigo 220, parágrafos 1º e 2º), além da lei de imprensa.

Como se pode observar, estamos diante de preceitos constitucionais aparentemente conflitantes que devem ser interpretados de forma harmônica, sendo o primeiro passo para o sucesso de tal tarefa abdicar-se de interpretar cada um dos princípios de maneira isolada e absoluta. É indispensável nunca perder-se de vista a regra da unicidade da Constituição¹⁶.

Como nos ensina Eros Roberto Grau, jamais se interpreta um texto normativo, mas sim o direito; não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços, mas sim a Constituição no seu todo¹⁷.

Diferentemente das regras, onde não há que se falar em maior ou menor importância, no que diz respeito aos princípios, há que se levar em conta,

¹⁵ “Brasília, 20/05/02 – [...] Francisco Mesquita Neto, presidente da Associação Nacional de Jornais, disse na abertura do Seminário que os jornais brasileiros estão preocupados com as ações por danos morais. Na verdade, estão extremamente preocupados. Não se trata apenas do crescimento excessivo das ações deste gênero, mas das elevadas quantias pretendidas a título de indenização, e, com freqüência cada vez maior, acolhidas em sentenças. Para ele, o crescimento do número de ações judiciais por dano moral aponta na direção do surgimento de uma indústria de indenizações. A tendência crescente dos valores sinaliza uma ameaça de asfixia econômica dos jornais, revistas e emissoras, abalando ou eliminando as condições de sobrevivência das empresas de comunicação social. De acordo com levantamento feito pela ANJ entre seus associados, mais de 50 jornais brasileiros enfrentam hoje ações por alegados danos morais e já se registra um histórico de sentenças condenatórias, com efeitos extremamente prejudiciais aos meios de comunicação”. Artigo disponibilizado no site www.liberdadedeimprensa.org.br

¹⁶ Conforme salienta Sergio Cavalieri Filho, “é tarefa do intérprete encontrar o ponto de equilíbrio entre princípios constitucionais em aparente conflito, porquanto, em face do princípio da unidade constitucional, a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém; deve o intérprete procurar as recíprocas implicações de preceitos e princípios até chegar a uma vontade unitária na Constituição, a fim de evitar contradições, antagonismos e antinomias.” Programa de Responsabilidade Civil, p. 121.

¹⁷ Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 166.

quando em aparente conflito, o peso de um e do outro princípio envolvido, de modo a determinar o juiz qual deles, naquelas circunstâncias, deverá prevalecer, por ter um maior “peso” quando analisado face ao outro.

Conforme ensinamento de Robert Alexy “*Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido – uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa*”¹⁸.

Enéas Costa Garcia reconhece a dificuldade da questão do conflito [“ponderação”, como por ele referido] entre os princípios e, utilizando-se de um exemplo prático, faz um contraponto entre o interesse público da imputação da matéria jornalística *versus* o direito à privacidade. Trata o exemplo hipotético do caso de um jornalista que em plena campanha eleitoral publique matéria na qual relate que um dos candidatos foi, na juventude, condenado criminalmente por ter agredido sua esposa numa briga doméstica: “*há um interesse público a justificar esta imputação ou o fato da vida privada em nada influi na campanha eleitoral e não há interesse na sua divulgação?*”, indaga o autor, respondendo, logo a seguir: “*Neste ponto já há uma mudança no critério de aferição do abuso da liberdade de informação, que deixa de ser a veracidade para se fundar no interesse público. É preciso estabelecer uma relação de necessidade e adequação entre o dever de informar e a tutela da vida privada. É inegável que somente as peculiaridades do caso vão determinar se há interesse na divulgação do fato. Mas, mesmo assim, não se pode perder de vista a necessidade e adequação da informação para atingir a finalidade a que se propõe a matéria. O julgador deve ser bastante tolerante no reconhecimento deste interesse público, uma tolerância diretamente proporcional à notoriedade e ao grau de importância das funções exercidas pela vítima. Há, neste campo, uma certa preponderância da liberdade de imprensa. Porém, não deve o magistrado tolerar que, por mero pretexto de informar, seja a vida privada exposta sem qualquer utilidade. Direito de informação não se confunde com bisbilhotice*”¹⁹.

Assim, verificamos a importância do papel do Judiciário na análise das

¹⁸ Teoría de Los Derechos Fundamentales, p. 89.

¹⁹ Ob. cit., p. 195.

características extrínsecas e intrínsecas do ato lesivo de modo a qualificá-lo ou não como um ato ilícito ensejador da reparação. Em tal ofício, é necessário que o intérprete autêntico sopesse os princípios constitucionais envolvidos na questão (nesse estudo mencionados) para, ao final, interpretá-los harmonicamente, solucionando o conflito por meio da valoração dos princípios envolvidos.

Como salienta Orlando Gomes, o ato pode ser lesivo e não ser ilícito, nas palavras do autor: *“Há certos atos que, embora causem prejuízo a outrem não são considerados ilícitos. Sê-lo-iam, se não cometidos em determinadas circunstâncias, que a lei leva em conta para autorizar sua prática, ou para escusá-la”*²⁰.

A esse respeito, menciona Enéas Costa Garcia que o *“animus narrandi”* (a intenção de narrar, que para muitos autores é um *“dever”*²¹) seria uma causa justificadora da conduta, uma causa que afastaria a caracterização da ilicitude, impedindo, assim, o nascimento do dever de indenizar. Afirma o ilustre autor que *“nem por isso se pode negar que houve a ofensa à honra de forma dolosa. A imputação foi ofensiva, atingiu o bem jurídico. Mas, não basta o dano”*. Na análise dos princípios constitucionais em questão, conclui o autor que *“em razão do exercício regular da liberdade de informação a conduta não é considerada ilícita”*²².

Lembra, por fim, o mesmo autor que *“para fins de responsabilidade civil basta demonstrar que o agente tinha consciência da ilicitude de sua conduta e que almejou e aceitou o resultado”*²³.

De uma análise mais cuidadosa dos julgados sobre o assunto, percebe-se uma tendência na direção da doutrina acima referida, no sentido de priorizar o caráter informativo da atividade jornalística quando cotejado com outros princípios, como parecem demonstrar os casos abaixo transcritos, trazidos a título ilustrativo.

“O TEXTO JORNALÍSTICO QUE SE RESTRINGE A REPRODUZIR ACUSAÇÕES DEVIDAMENTE FORMALIZADAS POR FEDERAÇÃO DE SINDICATOS, PERANTE O TST, DE MAU USO DE VERBAS PÚBLICAS,

²⁰ Introdução ao Direito Civil, p. 505.

²¹ *“Não se verifica, na notícia apontada, qualquer ilicitude, não se podendo falar em danos morais. Como nos ensina Darcy Arruda de Miranda, o dever de narrar exclui o dolo e a culpa e a narração de fato verdadeiro afasta qualquer consideração de ordem pessoal e política.”* [grifo nosso] Trecho de sentença proferida em 21/12/2004, pelo Juiz Regis Rodrigues Bonvicino da 36ª Vara Cível Central (proc. 000.04.081504-8) em ação de dano moral contra o Diário de São Paulo. Disponibilizada no site www.conjur.com.br

²² Ob. cit., p. 191.

²³ Ob. cit., p. 190

PRÁTICA DE NEPOTISMO E TRÁFICO DE INFLUÊNCIA, NÃO PODE ENSEJAR RESPONSABILIDADE POR DANO MORAL PORQUE NÃO CONSTITUI ABUSO DE DIREITO DE INFORMAR”

Relatora: Min. Ellen Gracie – RE 208.685-I – RJ – 2ª.T. – j. 24/06/2003 – DJU 22/08/2003.

“LIBERDADE DE IMPRENSA (CF, ART. 5º, IV, C/C O ART. 220). JORNALISTAS. DIREITO DE CRÍTICA. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL CUJO SUPORTE LEGITIMADOR REPOUSA NO PLURALISMO POLÍTICO (CF, ART. 1º, V), QUE REPRESENTA UM DOS FUNDAMENTOS INERENTES AO REGIME DEMOCRÁTICO. O EXERCÍCIO DO DIREITO DE CRÍTICA INSPIRADO POR RAZÕES DE INTERESSE PÚBLICO: UMA PRÁTICA INESTIMÁVEL DE LIBERDADE A SER PRESERVADA CONTRA ENSAIOS AUTORITÁRIOS DE REPRESSÃO PENAL. A CRÍTICA JORNALÍSTICA E AS AUTORIDADES PÚBLICAS. A ARENA POLÍTICA: UM ESPAÇO DE DISSENSO POR EXCELÊNCIA.”

Relator: Min. Celso de Mello – Pet. 3486 – DF – Decisão Monocrática – j. 22/08/05 – DJU 29/08/05.

“DANO MORAL – INDENIZAÇÃO – NÃO CABIMENTO – ALEGAÇÃO DE PREJUÍZOS DE ORDEM MORAL E FINANCEIRA, ALÉM DE MÁ-FÉ, NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA E DOLO DA APELADA PELA PUBLICAÇÃO DE NOTÍCIA EM JORNAL, VISANDO INFORMAR SOBRE A PRÁTICA DE CRIME IMPUTADO AO APELANTE – REPORTAGEM DE CARÁTER INFORMATIVO, ASSUMINDO UMA POSIÇÃO TOTALMENTE INDIFERENTE AO QUE FOI EXPOSTO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO”

Trecho do julgado:

“[...] Com efeito, ficou demonstrado nos autos, que o “Jornal A Tribuna de Santos”, limitou-se a informar os seus leitores sobre fatos relativamente à ocorrência de prática de crime de tráfico de drogas, na qual se encontrava envolvido o indiciado apelante.

A referida notícia foi fundamentada em inquérito policial instaurado, bem como nos atos praticados pelas autoridades policiais. Evidentemente, não houve o desejo de ofender, caluniar ou injuriar, apenas visando o jornal, dar conhecimento ao público sobre fatos policiais. Em face de somente cumprir sua missão, não cabe

a imputação de dano moral ao réu, mesmo porque não houve qualquer abuso de direito. E há de se destacar que as informações foram obtidas de forma lícita e não há qualquer informação nos autos, de que os fatos não correspondam com a verdade, não cabendo a condenação pleiteada [...]”

Relator: Des. Sebastião Amorim – Apelação Cível nº. 125.058.4/0-00 – TJSP – j. 09/05/2002.

“AO DIVULGAR FATOS DE SONEGAÇÃO FISCAL, EM QUE SE TRATA DE NOTÍCIA VERDADEIRA, REPORTAGEM COMUM, MERO REPASSE DE INFORMAÇÕES OBTIDAS DE FORMA LÍCITA, NÃO CABE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL, POIS NENHUM ILÍCITO COMETEU A EMPRESA JORNALÍSTICA, SENDO INAPLICÁVEL À ESPÉCIE O ART. 53, I, DA LEI Nº 5.250/67.”

Trechos do julgado:

“[...] Não fez o autor, como lhe cabia, prova de que a reportagem é leviana, fruto de má-fé do repórter que colheu informações do Delegado encarregado da prisão civil. Trata-se de notícia verdadeira e que deveria mesmo ser publicada para conscientizar os contribuintes dos riscos da inadimplência tributária e da inobservância dos deveres processuais. [...] Eventual constrangimento pessoal do autor com a repercussão negativa da publicidade das fases coativas da execução fiscal não enseja reparação de dano moral. Impor sigilo absoluto acerca desses eventos seria restringir o exercício da cidadania, retirando, mediante censura dos meios de comunicação de massa, dos interessados o direito de exigir dos agentes públicos observância dos princípios da moralidade e da impessoalidade administrativa. [...] Diante da fundamentação que ora se encerra, forçoso admitir que a rejeição do pedido não fomenta a violação do artigo 5º, V e X, da Constituição Federal. Da mesma forma que existem, na área criminal, excludentes da antijuridicidade de um ato típico, no direito civil concorrem fenômenos impeditivos, extintivos e liberatórios do dever de indenizar, como quando o receptor das chamadas policiais dos grandes jornais é o único culpado de figurar no centro da página respectiva.”

Relator: Des. Ênio Zuliani, v. u. – AC nº. 274.956-1/0 – TJSP, 2ª C. D. Privado – j. 19/02/1997.

Tendo em vista que nem sempre a doutrina e nem mesmo a jurisprudência são capazes de definir elementos precisos para o estabelecimento de uma

regra para a solução do “conflito” gerado ao serem confrontados os princípios constitucionais neste tema envolvidos, importante se torna o estabelecimento de critérios a serem considerados no deslinde da questão.

Escolhemos aqui analisar a experiência do direito norte-americano onde vigora o critério da “*actual malice*”.

Como é sabido, nos Estados Unidos da América a proteção à liberdade de imprensa se deu com a primeira emenda²⁴ (a seguir transcrita), aprovada em 1789, a qual faz parte do documento conhecido como “*Bill of Rights*”²⁵.

“*Amendment I:*

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.”²⁶

O “*landmark case*” no direito norte-americano a respeito da liberdade de imprensa foi o caso *New York Times Co. v. Sullivan*²⁷, onde, em 1964, inovando, a Suprema Corte introduziu a regra da “*actual malice*”, que, resumidamente, é uma pré-condição requerida para que pessoas públicas possam obter êxito em uma ação pleiteando danos morais em processos de indenização por ofensa à honra.

Conforme veremos adiante, o caso “*New York Times v. Sullivan*” trouxe o “*standard*” da “*actual malice*” para ações por danos morais propostas por funcionários públicos. O avanço da jurisprudência norte-americana fez com que o estabelecimento da “*actual malice*” fosse contemplado também em casos onde o autor da ação era uma pessoa pública (“*public figure*”)²⁸. Assim, pessoas

²⁴ A Primeira Emenda foi aprovada num movimento de reação aos exageros do antigo direito inglês que se mostrava extremamente rigoroso quanto à crítica ao governo e à liberdade de expressão, de uma forma geral.

²⁵ O documento conhecido como “*Bill of Rights*” compreende as dez primeiras emendas à Constituição norte-americana e diz respeito a limitações ao poder do governo federal que poderia se tornar tirânico, no dizer dos críticos. As emendas foram propostas pelo Congresso em número de 12 em setembro de 1789, sendo que em dezembro de 1791 os estados ratificaram dez e o *Bill of Rights* tornou-se parte da Constituição. Não obstante a Primeira Emenda proíba expressamente apenas o Congresso de restringir os direitos nela abrigados, com o tempo as cortes decidiram que tal vedação aplica-se igualmente ao Executivo e ao Judiciário.

²⁶ Tradução livre: “Primeira Emenda: O Congresso não deverá fazer nenhuma lei estabelecendo uma religião, ou proibindo seu livre exercício; ou cercear a liberdade de expressão ou da imprensa; ou o direito das pessoas pacificamente se reunirem, e de peticionarem ao Governo para reparação por ofensas.”

²⁷ *New York Times Co. v. Sullivan* - 376 U.S. 254 (1964)

²⁸ Para mais detalhes vide *Gertz v. Robert Welch Inc.*, 418 U.S. 323 (1974), caso julgado pela Suprema Corte norte-americana e que é a espinha dorsal da discussão doutrinária sobre as pessoas públicas (*public figures*).

públicas também necessitam provar a “*actual malice*” para obter êxito quando da propositura de indenização por danos morais.

A idéia de incluir-se também as pessoas públicas no rol daqueles que precisam da pré-condição “*actual malice*” para processar alguém por danos morais tem fundamento no fato de que, num contexto de processos por danos morais por ofensa à honra, uma pessoa pública tem mais acesso aos meios de comunicação do que um cidadão comum, o que lhe possibilita rechaçar mais facilmente falsas imputações; e ainda, por ter se exposto “voluntariamente” à mídia, conseqüentemente, esta pessoa aumentou seu risco de dano por uma falsidade difamatória uma vez que assumiu um *status* público.

Entretanto, faz-se necessário destacar que o sistema norte-americano ainda é confuso, visto que não há uma regra uniforme que defina quem são “pessoas públicas”²⁹. Isto posto, temos que, caso a caso, as cortes de instâncias inferiores interpretando os preceitos da Suprema Corte em *Gertz v. Robert Welch Inc.* e outros casos exemplificam quais pessoas são qualificadas como “pessoas públicas”.

De acordo com os comentários de Robert D. Sack³⁰, “*algumas pessoas se encaixam na definição de pessoas públicas simplesmente por ocuparem posições de grande persuasão [...] ou porque seus nomes são facilmente reconhecidos por uma grande quantidade da relevante população, cujas atividades são seguidas por tal grupo com interesse e cujas opiniões ou condutas, em virtude destes fatos, podem ser razoavelmente esperadas de serem conhecidas e consideradas por este grupo no curso de suas tomadas de decisões individuais*”³¹. Uma atriz famosa, um cantor notório, um empresário de renome, ou um jornalista de um periódico bastante conhecido assim o são. Também são consideradas pessoas públicas candidatos a cargos públicos.

Outra categoria de pessoas públicas são aquelas que, como num rodamoinho (“*vortex*”), são arrastadas por um fato público e, por conseqüência, acabam

²⁹ Conforme afirma Robert D. Sack: “*The law pursuant to which courts determine who is and who is not a “public figure”, however, is chaotic.*” *Sack on Defamation*, Third Edition, Copyright 2005 by Practising Law Institute, parágrafo 5.3.1 – Gertz’s Criteria.

³⁰ *Sack on Defamation*, Third Edition, Copyright 2005 by Practising Law Institute, parágrafo 5.3 – Public Figures.

³¹ Alguns outros exemplos de Robert D. Sack, todos retirados de decisões das cortes americanas, são: um advogado conhecido em suas redondezas que participou como advogado de defesa em um caso de homicídio e em várias atividades sociais e profissionais; uma organização religiosa polêmica; alguém que participara de agressão a uma multidão, etc..

por se tornarem públicas também. É a hipótese do advogado desconhecido que advoga em um caso político, de um autor que já publicou várias obras, de artistas em eventos públicos, do técnico de um atleta, do vencedor do prêmio Nobel, dentre outros³².

Uma vez enfrentada a questão da caracterização das pessoas públicas, cumpre analisar o “*leading case*” *New York Times v. Sullivan*³³, no qual um funcionário público do Departamento de Polícia do Estado do Alabama entrou com uma ação contra o jornal New York Times pleiteando danos por ter se sentido difamado com a publicação de um anúncio que incluía declarações de que a polícia daquele estado teria agido de forma violenta ao reprimir manifestações de líderes do movimento de direitos civis dos cidadãos negros.

A Suprema Corte do Alabama entendeu que, de acordo com a lei de seu estado, tais declarações constituíam uma difamação “*per se*”, já que nos casos envolvendo oficiais públicos o dano se caracterizava através da simples prova de que as declarações constavam da publicação em questão, sendo que o réu somente obteria êxito em sua defesa se conseguisse provar a veracidade dos fatos alegados em todas as suas particularidades.

A Suprema Corte entendeu que a lei do Estado do Alabama feria a liberdade de imprensa e era, portanto, inconstitucional, já que os críticos da conduta de um funcionário público poderiam ser dissuadidos em seu criticismo por temer não poder provar a veracidade dos fatos ou não ter condições de arcar com as despesas decorrentes de um processo judicial, muito embora acreditassem que os fatos fossem verdadeiros e, muitas vezes, até tivessem a certeza de que eles fossem verdadeiros.

³² Outros exemplos retirados das decisões norte-americanas por Sack seriam: a mulher que afirma que já teve relações sexuais com o presidente Bill Clinton, um estrategista político do governo nacionalmente conhecido, um arquiteto envolvido em uma variedade de projetos públicos, o treinador de um time de futebol, etc. As sociedades empresárias também podem se encaixar no rol de “pessoas públicas”. Entende-se que uma sociedade de capital aberto, por exemplo, será uma pessoa pública para fins de comentários sobre suas relações corporativas. Ora, quando uma sociedade vai a público (“*goes public*”) e coloca suas ações no mercado de capitais ela sabe que estará aumentando a análise pública de seus atos corporativos. *Sack on Defamation*, Third Edition, Copyright 2005 by Practising Law Institute, parágrafos 5.3.5 - “Vortex” Public Figures: Examples; e 5.3.7 - Corporations as Public Figures.

³³ [...] “o já mencionado caso *New York Times v. Sullivan* fixou algumas diretrizes relevantes para a solução da colisão entre a liberdade de expressão e os direitos à honra e à imagem dos agentes públicos, e aqui sim a dimensão coletiva (ou instrumental) da liberdade de expressão foi especialmente considerada. O imprescindível papel desempenhado pela imprensa de dar visibilidade à atuação dos agentes públicos, permitindo a fiscalização e controle destes pela população, levou a Suprema Corte a reduzir o âmbito de proteção da honra e imagem destes diante de fatos eventualmente falsos e danosos que lhes forem imputados pelos jornais”. Simone Schreiber. *Conteúdo e Justificativa Teórica da Liberdade de Expressão*.

Em assim sendo, decidi que *“The constitutional guarantees require ... a federal rule that prohibits a public official from recovering damages for a defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves that the statement was made with “actual malice” – that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not”*³⁴.

A partir dessa decisão, pessoas públicas somente obtêm condenações por danos morais se provarem que o autor da notícia supostamente difamatória agiu com *“actual malice”*³⁵, ou seja, (i) tinha conhecimento prévio da falsidade dos fatos (*“knowledge of falsity”*), ou (ii) agiu de forma grosseiramente irresponsável (*“reckless disregard”*; no direito brasileiro, com negligência) na apuração da veracidade dos mesmos³⁶.

A jurisprudência norte-americana determinou que se caracteriza o *“knowledge of falsity”* quando o réu reconhece que não tem elementos para sustentar a acusação formulada, seja porque usa uma fonte sabidamente não confiável, seja porque já tem informações suficientes para saber que a informação não é verdadeira.

Como se percebe, o segundo aspecto a ser considerado na apuração da *“actual malice”* está intimamente ligado ao primeiro, eis que trata da irresponsabilidade na apuração da matéria jornalística, sendo que se havia dúvidas quanto à veracidade da notícia e o jornalista não atua no sentido de afastar tais dúvidas, publicando a notícia falsa, caracterizada está a *“actual malice”*³⁷.

Esse novo *standard* do direito norte-americano também tem sido utilizado

³⁴ 376 U.S. 254 – 1964.

³⁵ Em cuidadoso estudo sobre o assunto, Enéas Costa Garcia comenta sobre a regra da *“actual malice”*: *“No momento cabe considerar que a regra avançou para além do campo civil, passando a “actual malice” a ser exigida nos processos criminais e posteriormente transposta para ações envolvendo pessoas públicas, não apenas os funcionários públicos. Sintetizando os efeitos da decisão no caso Sullivan, observa Emerson que a imprensa passou a ser livre para criticar o Governo não importando quão severa, injuriosa ou injusta a crítica pudesse ser. E mais: a imprensa é livre para publicar a respeito de assuntos do governo, mesmo incorretamente, sujeitando-se à ação civil de indenização apenas quando houvesse conhecimento da falsidade da notícia ou agisse de modo imprudente.”* Enéas Costa Garcia, ob. cit., p. 62.

³⁶ Conforme salienta Enéas Costa Garcia, *“para lograr êxito na ação o queixoso não poderá limitar-se a demonstrar que a informação é falsa. Até mesmo uma publicação falsa pode estar protegida. A imunidade do jornalista somente desaparece se ficar provado que houve “actual malice”.* Ob. cit., p. 142.

³⁷ *“O standard jurídico exige mais do que a simples culpa, a negligência ligeira. Na realidade aproxima-se muito do dolo eventual, do ato praticado com indiferença em relação ao resultado final. Também englobaria a culpa grave, a falta imperdoável de diligência, um absoluto desprezo pelo cuidado em relação à veracidade da informação. Não interessa o que o jornalista efetivamente sabia, tal como ocorre no “knowledge of falsity”, mas o que “ele deveria ter sabido se houvesse conduzido uma investigação responsável”.* Enéas Costa Garcia, ob. cit., p. 147.

pela Corte Interamericana de Direitos Humanos³⁸, como resta demonstrado nas decisões desta corte em dois casos de ações criminais por difamação (*Herrera Ulloa v. Costa Rica*, de 2 de julho de 2004 e *Canese v. Paraguay* de 31 de agosto do mesmo ano) nas quais encontramos de forma explícita afirmações jamais feitas por uma corte internacional sobre o conflito entre leis de difamação e princípios de liberdade de expressão³⁹.

Os autores do artigo, que advogaram em um dos casos estudados, afirmam que as decisões dos casos acima referidos afetam na reparação dos danos por difamação também na esfera civil, seja por entender que no caso *La Nación* o jornalista não poderia ter sido forçado a provar a veracidade das alegações originariamente apresentadas nas publicações europeias, seja por ter entendido a corte que no caso *Canese* a punição criminal foi desnecessária e excessiva e, portanto, poderia ensejar um aumento desproporcional da indenização cível.

As decisões desta corte supranacional, ricas na análise do “conflito” dos princípios aqui tratados, indicam uma tendência no sentido da valorização do princípio da liberdade de imprensa *vis-à-vis* outras garantias individuais

³⁸ A Corte Interamericana de Direitos Humanos foi criada pela Convenção Americana de Direitos Humanos em 22/11/69, tendo sido ratificada pelo Brasil em 25/09/92 e promulgada pelo Decreto nº 678 de 06/11/92. De acordo com o artigo 62 da Convenção supracitada e com o artigo 1º do Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998, é reconhecida à Corte Interamericana de Direitos Humanos a competência obrigatória “em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos”.

Dispõe o artigo 13 da referida Convenção: “Art. 13 – *Liberdade de pensamento e de expressão*. 1. *Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha*. 2. *O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas*. 3. *Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões*. 4. *A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2*. 5. *A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência*”.

³⁹ No caso *Herrera v. Costa Rica*, a Corte Interamericana ordenou a Costa Rica a anular a condenação de um jornalista que teria ofendido um diplomata, tendo a corte enfatizado que funcionários públicos e outras pessoas públicas se expõem naturalmente mais às críticas do que as demais – “*princípio este que diversos sistemas legais latino americanos têm demorado a reconhecer*”. Erik Bierbauer e Pablo Valverde. “Inter-American Court Rules for Defendants in Two Criminal Defamation Cases – A Step Forward for the Press in Latin America”. MLRC MediaLawLetter, October 2004, p. 41-45.

igualmente protegidas pela Convenção Americana de Direitos Humanos indo, assim, ao encontro do sistema norte-americano da “*actual malice*”.

Já no que diz respeito ao sistema brasileiro, verificamos algumas identidades com o sistema jurídico norte-americano como, por exemplo, no tratamento “diferenciado” atribuído à lide que tem por objeto o pedido de reparação de danos morais, dependendo do nível de exposição pública do ofendido. Como ensina Sergio Cavalieri Filho: “*Costuma-se ressaltar, no tocante à inviolabilidade da intimidade, a pessoa dotada de notoriedade, principalmente quando exerce vida pública. Fala-se, então, nos chamados ‘direitos à informação e direito à história’, a título de justificar a revelação de fatos de interesse público, independentemente da anuência da pessoa envolvida. Entende-se que, nesse caso, existe redução espontânea dos limites da privacidade (como ocorre com os políticos, atletas, artistas e outros que se mantêm em contato com o público). Mas o limite da confidencialidade persiste preservado; sobre fatos íntimos, sobre a vida familiar etc., não é lícita a divulgação sem o consentimento do interessado*”⁴⁰.

Da mesma forma, Gilmar Mendes, referindo-se à jurisprudência de outros países, afirma que aqui também se admite o estabelecimento de critérios diversos para a aferição de possível lesão à honra, tendo em vista a maior ou a menor exposição pública das pessoas, citando ementa de acórdão proferido no *habeas corpus* nº 78.426, abaixo transcrito:

“*Crime contra a honra e a vida política. É certo que, ao decidir-se pela militância política, o homem público aceita a inevitável ampliação do que a doutrina italiana costuma chamar a zona di illuminabilità, resignando-se a uma maior exposição de sua vida e de sua personalidade aos comentários e à valoração do público, em particular, dos seus adversários; mas a tolerância com a liberdade da crítica ao homem público há de ser menor, quando, ainda que situado no campo da vida pública do militante político, o libelo do adversário ultrapasse a linha dos juízos desprimorosos para a imputação de fatos mais ou menos concretos, sobretudo se invadem ou tangenciam a esfera da criminalidade: por isso, em tese, pode caracterizar delito contra a honra a assertiva de haver o ofendido, ex-Prefeito, deixado o Município ‘com dívidas causadas por suas falcatruas’.*”

Prossegue o Ministro observando que “o Supremo Tribunal Federal define tópicos que não de balizar o complexo de ponderação, fixando-se que os homens públicos estão submetidos à exposição de sua vida e de sua personalidade e,

⁴⁰ Ob. cit., p. 122,123.

por conseguinte, estão obrigados a tolerar críticas que, para o homem comum, poderiam significar uma séria lesão à honra. Todavia, essa orientação, segundo o Supremo Tribunal Federal, não outorga ao crítico um bill de idoneidade, especialmente quando imputa a prática de atos concretos que resvalam para o âmbito da criminalidade⁴¹.

Por outro lado, observamos que quanto ao estabelecimento dos elementos do caso concreto necessários para a caracterização do ato ilícito ensejador na hipótese ora estudada, o direito brasileiro ainda difere do norte-americano já que nesse último basta a comprovação de que o autor do dano (i) tinha conhecimento prévio da falsidade dos fatos ou (ii) agiu de forma grosseiramente irresponsável, para que seja ilidida a reparação, enquanto que no direito brasileiro os conceitos não são tão bem delineados.

Verificamos, entretanto, que a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm reconhecido a necessidade de uma maior flexibilização quanto aos critérios de valoração da conduta do agente do ilícito, asseverando Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho que “nos casos concretos, torna-se difícil estabelecer o que é verdade e o que é falsidade⁴². Qualquer que seja o critério adotado há que levar em conta essa dificuldade e há que ser flexível. O que se deve exigir dos órgãos de informação é a diligência em apurar a verdade; o que se deve evitar é a despreocupação e a irresponsabilidade em publicar ou divulgar algo que não resista a uma simples aferição⁴³”.

Podemos, assim, afirmar que o direito brasileiro tem exigido uma postura diligente do agente que comunica e informa, e não a comprovação da verdade dos fatos; o que, no nosso entender, faz acertadamente, uma vez que tal

⁴¹ *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional*, pp. 104 e 105.

⁴² Ao finalizar este estudo, deparei-me com interessante artigo de autoria do jornalista Ali Kamel, onde é analisada a atuação da jornalista Judith Miller do New York Times, no famoso caso das reportagens por ela publicadas informando que Saddam Hussein possuía armas de destruição em massa. Por serem apropriadas e muito bem lançadas, transcrevo [parte] das idéias do jornalista autor do artigo, que tratam dessa dificuldade: “*Independientemente do comportamento pessoal de Miller, na análise das matérias dela nada encontro que as desabone. Ela certamente estava convencida de que havia armas, mas deu as informações que existiam no momento e as contextualizou, abrindo espaço a quem as contradizia. Isso me leva a discutir uma noção de jornalismo que volta e meia vem à tona: o bom jornalismo teria o condão de chegar à realidade de uma maneira inequívoca. Se não existem armas de destruição em massa no Iraque, o bom jornalismo jamais produzirá uma reportagem sugerindo o contrário. Seria como se jornalistas fossem pitonisas. Nada mais falso. A verdade é sempre construída num processo longo de idas e vindas, numa marcha contínua de reportagens, umas aperfeiçoando as outras, às vezes desmentindo as outras.*” [grifo nosso] O Globo, 15 de novembro de 2005, “*A demissão de Judith Miller*”, p. 7

⁴³ *Direito de Informação e Liberdade de Expressão*, p. 97.

exigência constituiria uma “prova diabólica”, com o que restariam seriamente comprometidos os princípios constitucionais agasalhados nos incisos IV, IX e XVI do artigo 5º e o artigo 220 da Constituição Federal Brasileira.

Conforme salienta Luiz Roberto Barroso, *“no mundo atual, no qual se exige que a informação circule cada vez mais rapidamente, seria impossível pretender que apenas verdades incontestáveis fossem divulgadas pela mídia. Em muitos casos, isso seria o mesmo que inviabilizar a liberdade de informação, sobretudo de informação jornalística, marcada por juízos de verossimilhança e probabilidade. Assim, o requisito da verdade deve ser compreendido do ponto de vista subjetivo, equiparando-se à diligência do informador, a quem incumbe apurar de forma séria os fatos que pretende tornar públicos”*⁴⁴.

Por fim, tendo em vista a complexidade e a importância do tema objeto desse breve estudo, esperamos que a doutrina e o Judiciário brasileiros continuem persistentes no trabalho de construção de um modelo, adequado às circunstâncias do sistema jurídico nacional, que balize as decisões em ações de reparação de dano moral oriundas de matérias jornalísticas, de modo a proporcionar maior segurança jurídica, bem como tutelar os princípios constitucionais aqui estudados⁴⁵.

⁴⁴ *Temas de Direito Constitucional*, pp. 110-111.

⁴⁵ Enéas da Costa García, comentando o sistema norte-americano, enfatiza que *“malgrado a enorme variedade de decisões e distinções, observa-se uma certa coerência no sistema, uma harmonia, de modo que os vários componentes guardam entre si uma relação de unidade, formando uma regulamentação homogênea e bem determinada*. O nosso sistema, que se aproxima do sistema fechado e como tal deveria proporcionar uma segurança maior, não consegue alcançar o mesmo efeito. Como se verá a seguir, não se consegue identificar na doutrina ou na jurisprudência brasileiras critérios claros e precisos como os ostentados no sistema norte-americano. Isto demonstra como a noção de segurança jurídica não é exclusividade do sistema fechado, se é que se pode dizer que o sistema fechado consiga alcançar o grau de segurança jurídica que seria desejável. De outro lado, não é porque o sistema é aberto, dotado de maior liberdade de atuação para os operadores, que ele perde em segurança, torna-se absolutamente e inconvenientemente imprevisível” [grifo nosso]. Ob. cit., p. 150.

BIBLIOGRAFIA

- ALEX, Robert. "Teoría de los Derechos Fundamentales". Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- BARROSO, Luiz Roberto Barroso. Temas de Direito Constitucional, Tomo III, Renovar, Rio de Janeiro, 2005.
- BIERBAUER, Erik [et al.]. "Inter-American Court Rules for Defendants in Two Criminal Defamation Cases – A Step Forward for the Press in Latin America". MLRC MediaLawLetter, October 2004, p. 41-45.
- CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 2ª ed., São Paulo, RT, 1998.
- CASTANHO DE CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. Direito de Informação e Liberdade de Expressão, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004.
- COSTA LEITE, Paulo Roberto Saraiva da. Dano Moral no Direito Brasileiro. Artigo disponível em: <http://www.angelfire.com/ut/jurisnet/art46.html>.
- COUTO E SILVA, Clovis V. do. O conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 667, p. 7-16, maio de 1991.
- DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil, vol. II. 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994.
- GARCIA, Enéas Costa. Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação. 1ª ed., São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002.
- GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 10ª ed., Forense, 1991.
- GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 10ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., Coimbra, Arménio Amado Editora, 1984.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade, Estudos de Direito Constitucional, 3ª ed., ed. Saraiva, 2004.
- MIRANDA, Darcy Arruda. Comentários à Lei de Imprensa. 3ª ed., São Paulo, RT, 1995.
- MONTENEGRO, Antonio Lindbergh. C. Ressarcimento de Danos. 8ª ed., Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 1998.
- NERY Jr., Nelson [et al.]. Código Civil Anotado. 2ª ed., São Paulo, RT, 2004.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil. 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996.
- SACK, Robert D. "Sack on Defamation", Third Edition, Copyright 2005, by Practising Law Institute.
- SANTOS, Antonio Jeová dos. Dano Moral Indenizável. São Paulo, Lejus, 1997.
- SCHREIBER, Simone. Conteúdo e Justificativa Teórica da Liberdade de Expressão. Artigo disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7184>.
- WOLTON, Dominique. Elogio do Grande Público: Uma Teoria Crítica da Televisão. São Paulo, Ática, 1996.